



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

**ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y PROBLEMAS JURÍDICOS EN SU
APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

**THE PRINCIPLE OF PRECAUTION: SCOPE OF AND LEGAL PROBLEMS CONCERNING
ITS APPLICATION IN COLOMBIA'S LEGAL SYSTEM**

Angie Tatiana Burgos Mahecha¹

Universidad Católica de Colombia - Bogotá - Colombia

Fecha de presentación: Abril de 2018

Resumen

Este artículo analiza los problemas jurídicos que se derivan de la obligación del Estado colombiano de garantizar, por una parte, el orden público y social erradicando cultivos de uso ilícito por vía de aspersión aérea dentro de áreas pertenecientes al Sistema de Parques Nacionales Naturales, y por otra, la protección de la diversidad e integridad del ambiente, y conservar las áreas de especial importancia ecológica. En este contexto, examina los elementos centrales del principio de precaución y los alcances de su aplicación en la prevención de daños potencialmente irreparables a la conservación del ambiente y la salud humana. Destaca la importancia del principio de precaución como pilar fundamental de la política pública de conservación ambiental, y como criterio modulador para establecer los alcances y límites de la acción administrativa del Estado en el cumplimiento de sus demás finalidades constitucionales.

Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogada de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del Dr. Bernardo Pérez Salazar, docente de la facultad de Derecho, 2018

*Egresada de la facultad de Derecho no titulada de la Universidad Católica de Colombia, diplomada en Derecho Ambiental de la Universidad Libre de Colombia. Identificada con código estudiantil N° 2109306. Correo electrónico: atburgos06@ucatolica.edu.co.

Concluye señalando algunos de los retos aún por resolver en la doctrina en relación con la aplicación de este principio y la responsabilidad del Estado en relación con su obligación constitucional de garantizar el derecho al ambiente sano.

Palabras clave: Principio de Precaución, conflictos normativos, erradicación de cultivos ilícitos, Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Abstract

This article analyzes the legal problems that derive from the obligation of the Colombian State to guarantee, on one hand, public and social order by applying aerial spraying within areas belonging to the National Natural Park System to eradicate illicit crops; and on the other, the protection of the diversity and integrity of the environment, and conservation of areas of special ecological importance. In this context, it discusses the central elements of the principle of precaution and the scope of its application concerning the prevention of potentially irreparable damage to environmental conservation and human health. It highlights the importance of the precautionary principle as a fundamental pillar of the public policy of environmental conservation, and as a modulating criterion to establish the scope and limits of the State's administrative action in fulfilling its other constitutional commitments. It concludes by pointing out some unresolved doctrinal challenges in relation to the application of this principle, as well as in regard to the responsibility of the State concerning its constitutional obligation to guarantee the right to a healthy environment.

Key Words: Principle of precaution, normative conflicts, eradication of illicit crops, aerial spraying, National Natural Park System.

Sumario

Introducción. 1. Principio de precaución. 1.1 Concepto. 1.2 Presupuestos básicos del principio de precaución. 1.3 Obligatoriedad de la aplicación del principio de precaución para los sujetos de Derecho Internacional. 2. La aplicación del Principio de Precaución en la conservación ambiental. 2.1 La aplicabilidad del principio de precaución. 2.2 Contradicción con el desarrollo. 3. Obligaciones del Estado: entre la erradicación de cultivos ilícitos y la conservación del ambiente en Colombia. 3.1 Contexto de la erradicación de cultivos ilícitos. 3.2 Marco del Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN) y la conservación y protección ambiental. 4. El conflicto normativo entre las obligaciones del estado en el caso de erradicación de cultivos ilícitos dentro del SPNN. 4.1 Incertidumbre científica acerca del riesgo. 4.2 Evaluación científica del riesgo. 4.3 Identificación de un riesgo grave e irreversible. 4.4 Proporcionalidad de la medida. 4.5 Consideraciones críticas sobre el fallo del Consejo de Estado. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El objetivo central del presente artículo, está orientado a exponer los problemas jurídicos derivados de la aplicación del Principio de Precaución por parte del Estado Colombiano en la ejecución de la medida de aspersión aérea con glifosato para la erradicación de los cultivos ilícitos ubicados dentro del Sistema de Parques Nacionales Naturales, en adelante SPNN.

Para ello, se estudian los principales aspectos de la doctrina y el proceso de aplicación encontrados en la jurisprudencia sobre el tema de la aplicación del referido principio por el Estado colombiano, cuando establece medidas administrativas dirigidas a utilizar de manera deliberada un herbicida sistémico, genéricamente conocido como glifosato, sobre áreas de especial importancia ecológica protegidas por el régimen de Parques Nacionales Naturales (PNN).

Se destaca la obligación del Estado Colombiano de aplicar del principio de precaución, como pilar fundamental de la protección ambiental consagrada en la Constitución Política de Colombia de 1991, en particular en relación con la garantía del derecho a gozar de un ambiente sano, el deber de proteger el medio ambiente y el deber de garantizar su existencia, desarrollo y preservación.

En materia ambiental, el principio de precaución se encuentra consagrado en el ordenamiento legal colombiano específicamente en la Ley 99 de 1993; establece que en caso de considerar razonable una duda científica sobre los alcances, gravedad o irreversibilidad de daños a los sistemas naturales de soporte de servicios ecosistémicos por una determinada actividad u obra de desarrollo, la autoridad ambiental tiene la facultad de suspender, aplazar, condicionar o impedir la ejecución de la respectiva actividad hasta obtener elementos científicos razonables para estimar el peligro representado por el daño y su mitigabilidad.

De esta manera, se entiende el principio de precaución como un criterio modulador que se debe aplicar para evitar o prevenir los daños que pueden causar una actividad, aunque no exista certeza científica absoluta sobre sus consecuencias. El caso considerado en este artículo es de interés especial por cuanto trata de la declaración de nulidad de una medida administrativa, luego de su aplicación por casi una década. Una vez aplicado el test de proporcionalidad el Consejo de Estado estableció que los daños ocasionados por la medida administrativa posiblemente sean graves e irreparables, y por tanto, no proporcionales con la finalidad buscada con la medida administrativa adoptada por el Consejo Nacional de Estupefacientes –en este caso, la persecución de conductas delictivas asociadas a cultivos ilícitos–, finalmente la decisión del Consejo de Estado consistió en prohibir la aspersión aérea con glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos dentro de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

No obstante, la decisión del Consejo de Estado hizo caso omiso del daño ocasionado por la medida como resultado de su aplicación continuada durante cerca de una década, la Sala no se pronunció sobre la responsabilidad de contener y evitar que perduren los efectos residuales del uso del glifosato en áreas del SPNN. Por lo anterior, es pertinente determinar si ¿Fue insuficiente la decisión del Consejo de Estado en la sentencia 11001-03-24-000-2004-00227-01 del 11 de diciembre de 2013, en cuanto al desarrollo del principio de precaución en su dimensión compensatoria, tal como lo prescribe la doctrina y legislación nacional?

1. Principio de precaución

1.1 Concepto

El principio de precaución en materia ambiental se desarrolla a través de diferentes instrumentos jurídicos de carácter internacional, regional y local, entre ellos, la “Declaración Final de la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972” que según Adela

Cortina, citada por Bernal & Noriega (2010, p. 15), consignó originalmente la declaración del principio de precaución en aspectos ambientales; luego en la “Segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte” realizada en 1987, se reafirmó dicho principio al indicar que: “Para proteger el mar del Norte de los efectos de sustancias susceptibles de ser perjudiciales es necesario un enfoque de precaución que pueda exigir que se tomen medidas para limitar la aportación de esas sustancias, aun antes de que se haya establecido una relación de causa a efecto, desde pruebas científicas incontestables”. En la actualidad, dicho principio está incluido en la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, denominada *Carta de los Derechos de la Tierra*. Allí se expresa el compromiso de los Estados de aplicar ampliamente el enfoque de precaución para la protección del ambiente cuando haya peligro de daño grave o irreparable, y de abstenerse de utilizar la falta de certeza científica plena como razón para postergar la adopción de medidas efectivas de prevención de la degradación ambiental.

En Colombia, bajo el amparo constitucional y disposiciones internacionales tales como el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica de 1992 y la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, así como de la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1374 de 2013, se acogen los principios generales que debe seguir la política ambiental colombiana,

...Fundamentalmente el principio de precaución, conforme al cual, en caso de la existencia de peligro o daño grave e irresistible, la falta de certeza científica absoluta no podrá ser usada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ecosistema (Poveda, 2016, p. 18).

En conclusión, “el principio de precaución se caracteriza por la anticipación y la expectativa, por tanto, está dirigida en parte al futuro” (Ben Lazaar, 2012, p. 13) e insta a los Estados a adoptar

las medidas necesarias para compensar el deterioro del medio ambiente, incluso en la ausencia de certeza científica acerca de los efectos nocivos causados por actividades previstas. A la luz de esta doctrina internacional, la decisión del Consejo de Estado se habría quedado corta en el desarrollo del principio de precaución cuyos alcances habrían podido abarcar no sólo la prohibición de la medida administrativa sino también la responsabilidad de compensar los daños emergentes que resulten graves e irreparables.

1.2 Presupuestos básicos del principio de precaución

Para desarrollar adecuadamente el principio de precaución es necesario que concurren tres presupuestos básicos: Primero, la existencia de una “*situación de incertidumbre*” acerca del daño para el medio ambiente o la salud; segundo, la “*evaluación científica del riesgo*”; y por último, la “*perspectiva de un daño grave e irreversible*” (Cierco, 2004. Pág. 34) (Bernal & Noriega, 2010).

A continuación se presenta una breve discusión para profundizar el sentido y alcances de cada uno de estos presupuestos principales, para luego ahondar en su aplicación en relación con la conservación ambiental en el marco del ordenamiento jurídico colombiano.

1.2.1 La noción de incertidumbre en relación con el riesgo de daño ambiental o a la salud

El principal objetivo del derecho ambiental, consiste en la implementación de normas y parámetros que permitan el análisis y la toma de decisiones sobre los daños ambientales producidos por la sociedad contemporánea en su continuo interés por controlar, modificar y obtener beneficios del entorno natural a través de las tecnologías que desarrolla e implementa. De la contraposición entre quienes derivan provecho de la explotación de recursos naturales y

servicios ecológicos por medio de su incorporación a actividades económicas y de desarrollo, por un lado, y por otro, quienes abogan por preservar sin alteraciones el entorno para prevenir su deterioro, surge la preocupación por la *incertidumbre* sobre los efectos que las actividades humanas pueden traer consigo en distintos horizontes temporales y espaciales, aspecto que cobra importancia al momento de estimar el riesgo y establecer criterios que condicionen la toma de decisiones para su manejo.

A escala internacional, la *incertidumbre* sobre la ocurrencia de efectos negativos para el ambiente y las personas como consecuencia de la expansión de las actividades humanas sobre el globo terrestre ha tenido una marcada evolución. En la década de 1920, la falta de consenso sobre los efectos negativos permitió la continuidad en el desarrollo de actividades transformadoras del ambiente, en tanto que en ausencia de evidencias claramente documentadas de daños graves e irreparables, las empresas alegaban su derecho a realizarlas. El consecuente rezago de los controles necesarios sobre incontables actividades por sus efectos dañinos imperceptibles de manera inmediata, apenas vino a reconocerse y remediarse una vez estos daños se hicieron visibles, cuando su reparación resultó antieconómica. A mediados de la década de 1960, producto de la crisis ambiental, se desencadenó una revolución en la regulación ambiental recurriendo a la ciencia en busca de certezas para la protección ambiental. Las incertidumbres que aún no habían sido despejadas por la ciencia en relación con potenciales daños ambientales, se resolvían con la aplicación del Principio de Precaución. Desde entonces el “análisis o evaluación anticipativa de riesgos de daño Ambiental” se estableció como disciplina técnica con elementos propios y distintivos, consolidándose su implementación masiva con el fortalecimiento de modelos científicos desarrollados desde entonces (Bernal & Noriega, 2010, p. 18; Flórez, 2015, p. 22).

Desde entonces, ante situaciones de incertidumbre procede realizar evaluaciones anticipativas de los efectos previsibles de la actividad con el fin de contar con elementos más detallados para el análisis, fundamentación, y justificación de medidas regulatorias preventivas e inversiones de mitigación del daño, aun en circunstancias en las que haya dificultades para estimar la magnitud y alcances del riesgo. La búsqueda de criterios objetivos no pretende parar u obstaculizar la actividad productiva ni las obras de desarrollo, sino compilar y analizar la evidencia científica disponible para detectar e identificar amenazas potenciales y evaluar sus efectos en la medida de lo posible, con base en el presupuesto que el principio de precaución “se aplica cuando el estado de la técnica no permite cuantificar con precisión la potencialidad dañina” (Bernal & Noriega, 2010, p. 20).

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el estudio del riesgo se fundamenta en el análisis de acontecimientos futuros que tienen alta probabilidad de concretarse. Sus consecuencias pueden ser incluso imposibles de predecir y cuantificar. Entre los mayores riesgos se encuentran: Los riesgos sanitarios, los nuevos virus y enfermedades, la congestión vehicular, la continuada contaminación en las ciudades y una de las más importantes la contaminación del aire y de fuentes hídricas (Vargas & Rodríguez, 2016, párr 10).

Desde esta perspectiva, es pertinente antes de ejecutar las actividades requeridas analizar el peligro de daño grave e irreparable a las personas o al ambiente. Ello implica anticipar no solo los daños que efectivamente se pueden causar, sino también el peligro de daño grave e irreparable al que se puede exponer al ambiente y a las personas, que debe presumiblemente ser mitigado o compensado como parte de la responsabilidad de quien realiza la actividad.

1.2.2 Perspectiva sobre los daños graves e irreversibles.

Según Roberto Andorno (2004, p.108), en el marco del principio de precaución, la calificación de daño grave e irreversible es aplicable cuando “(...) los posibles perjuicios resultantes de un determinado producto o actividad tengan una magnitud importante”. La gravedad del daño se califica de acuerdo con la proyección de los efectos de la “actividad sobre la salud humana, la vida, el equilibrio del ecosistema o los resultados naturales” su calificación será específica a cada caso y contexto (Bernal & Noriega, 2010, p. 22).

Desde esta perspectiva, cuando la evaluación anticipativa califica un daño como grave e irreparable al ambiente o a la salud humana por causa de una actividad humana, o en otras palabras, cuando la “ausencia de medidas preventivas o inaplicabilidad del principio puedan significar la acusación de un daño que luego no puede revertirse”, procede la aplicación del principio de precaución (Bernal & Noriega, 2010. Pág. 23).

Sin embargo, es necesario mencionar que “no cualquier clase de daño da lugar a la aplicación del principio de precaución, sino únicamente los que tengan determinadas características: de gran entidad o importancia y cuyos efectos impidan que el medio ambiente vuelva a su condición anterior” (Lora, 2011, p. 4).

Como se señaló anteriormente la preocupación por evitar que se abuse de la aplicación del principio de precaución, plantea el desafío de definir criterios y límites claros para hacerlo. Esta tarea se ve obstaculizada por el hecho que por definición la incertidumbre refiere la ausencia de elementos para definir la magnitud del riesgo del daño. Ante la imposibilidad de definir magnitudes, no hay manera de calcular probabilidades ni riesgos, ni de estimar la gravedad del peligro que afecta al bien jurídico protegido.

El criterio de la irreversibilidad, es decir, de la imposibilidad de que el medio ambiente vuelva a su condición inicial, también resulta problemático por al menos dos razones: La primera, por cuanto presupone que el medio ambiente como una entidad estática en ausencia de la influencia de la actividad humana, supuesto fácilmente descartable al considerar los enormes cambios registrados por la historia natural del planeta antes de la aparición de la especie humana sobre la faz de la tierra. La segunda, por cuanto supone que la irreversibilidad puede ser definida en términos absolutos. Sin embargo, con el avance del conocimiento y la tecnología es evidente que aquello que en el pasado era irreversible hoy ya no lo es: antes de los procesadores de palabras digitales, los errores de digitación en la escritura sobre el papel eran corregibles pero no reversibles en la misma manera en la que lo son en la actualidad con esta nueva tecnología. Los costos iniciales para el desarrollo de dicha tecnología fueron altos pero con su masificación durante las últimas décadas el costo de la exigencia de una presentación impecable, que en el pasado implicaba descartar una hoja con un error de digitación, hoy se reduce a una simple secuencia de teclas a un costo trivial en comparación al anterior.

Frecuentemente referidos en asocio con el establecimiento de los criterios y límites para la aplicación del principio de la precaución, incertidumbre e irreversibilidad combinadas representan aún obstáculos formidables por sortear para impedir que las decisiones judiciales con base en el principio de precaución no amparen usos abusivos del mismo.

1.3 Obligatoriedad de la aplicación del principio de precaución para los sujetos de Derecho Internacional

La aplicación del principio de precaución constituye un acto de política interna; es una decisión libre por la cual un Estado o entidad internacional, en ejercicio de sus facultades soberanas, determina el nivel de protección ambiental a observar dentro de su jurisdicción. Pero a la vez, la

aplicación del principio de precaución es una facultad del Estado que entraña consecuencias políticas y responsabilidad jurídica. Cuando formalmente se establece el umbral para la aplicación del principio, frecuentemente priva a ciertos intereses de algún beneficio esperado y genera conflictos normativos. De otra parte, al reducir la exigencia de su aplicación ante riesgos potenciales, da lugar la materialización de daños en perjuicio de los derechos de tercero, que habrían sido prevenibles y por lo cual dan lugar a conflictos normativos. Ahora bien, De Clément (2006) afirma:

...El hecho que la decisión de adoptar una medida preventiva sea un acto libre, voluntario de un sujeto de responsabilidad internacional, no quiere decir que pueda ser arbitrario, desproporcionado, inconsistente, discriminatorio o poco transparente. Sin embargo, así como se exige que la aplicación del principio de prevención esté fundada en bases científicas, también, la falta de aplicación de medida precautoria debe ser fundada en las fuentes científicas disponibles para no dar lugar a la atribución de imprudencia por falta de cautela al desdeñar con ligereza la posibilidad de riesgo (p. 9).

2. La aplicación del principio de precaución en la conservación ambiental.

Respecto del principio de precaución se “plantan serios problemas de aplicación que se derivan tanto de la diversidad de formulaciones como de la interpretación que se efectúa de los elementos que lo constituyen” (Cózar, 2005).

2.1 La aplicabilidad del principio de precaución

En el evento de que se materialicen los presupuestos para la aplicación del principio de precaución, existen dos posturas sobre si procede o no la aplicación de dicho principio. Una argumentada desde la Comisión Europea², e insiste que la decisión sobre su aplicación es de

² Comisión Europea. Comunicación sobre el recurso al principio de precaución. Bruselas, 01.02.2000, COM (2000) 1; p. 14. Ver también SANTILLO David y JOHNSTON Paul. Principio de precaución y evaluación de riesgo. En RIECHMAN Jorge y TICKNER Joel. El Principio de precaución. En medio ambiente y salud pública; de las definiciones a la práctica. Barcelona 2002. Pág. 84. Citado en: ROMERO CASABONA, Carlos María. Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho, Editorial Comares, Bilbao 2004.

carácter político y lo soporta en dos razones primordiales: Primero, porque es una decisión que deben adoptar los representantes políticos; y segundo, porque ellos deben hacerlo en atención a un criterio político, como lo es el nivel de riesgo que se estima tolerable o aceptable por cierta sociedad, teniendo en cuenta que el mínimo o cero riesgo es una aspiración inalcanzable en la mayoría de los casos.

De otra parte, quienes objetan la aplicación del principio de precaución, argumentan que se trata de una figura trasplantada de la teoría de la prevención del riesgo la cual resulta inaplicable a bienes jurídicos protegidos. Al respecto, Doménech Pascual citado por Bernal & Noriega (2010, p. 27), sostiene que la prevención del riesgo y bien jurídico protegido pertenecen a una misma unidad, y que “esforzarse en distinguir lo cualitativamente indistinguible no sólo produce cansancio, confusión y desazón, sino que también entorpece la solución satisfactoria de los problemas planteados” En su entender, prevención del riesgo y bien jurídico protegido no son distintos, sino que, atendiendo a la gravedad del peligro que afecta al bien jurídico protegido, se admite una mayor o menor probabilidad, una mayor o menor certeza del riesgo; de esta manera si lo que se afecta es la vida, es admisible tomar medidas jurídicas para su protección preventiva. Desde esta perspectiva, la protección de bienes jurídicos no se reduce a los análisis científicos y de la opinión de los expertos en la materia. Si bien su aplicación requiere de la concurrencia de unos presupuestos de origen científico, la puntual activación de medidas de cautela debe basarse en la valoración oportuna sobre el nivel de protección que aspira en una sociedad, combinando lo científico y lo político (Cierco, 2004).

2.2 Contradicción con el desarrollo

En los argumentos que se aducen en relación con la aplicación del principio de precaución en materia ambiental, se constata la persistente referencia a que la protección del ambiente se

encuentra en contradicción con el desarrollo, la tecnología, la ciencia y la economía; por consiguiente el derecho ambiental representa un límite adicional a la libertad de empresa y a la autonomía, dificultando su aplicación, pues enfrenta intereses opuestos que han estado en conflicto desde que surgió la preocupación por la conservación ambiental. El asunto se debate entre dos posiciones polarizadas; de una parte, el sacrificio del ambiente; de otra, el sacrificio del desarrollo. Los criterios en favor de una u otra dependen del agente, de la ecuación costo beneficio, y de qué tan significativo es el desarrollo para sacrificar o no el ambiente (Arcila, 2009, p. 105).

Como lo señala Juan Pérez (2014), corrientemente el desarrollo se asocia al crecimiento continuo de la producción y el consumo. Para que se mantengan, cada uno de estos procesos depende de los otros. Al respecto hay que recordar y preguntar por el lugar que habitamos, los medios que utilizamos para obtener los alimentos y los recursos que necesitamos para vivir en un mundo industrializado. En este contexto, es imperativo subrayar que el mundo es finito, y que los recursos naturales se acaban si no se preservan, si no se establece un modelo económico que no se caracterice por una explotación a escala creciente de los recursos naturales y por generar altos niveles de contaminación al medio ambiente. Con el paso del tiempo se evidencia que en su afán por progresar, el ser humano racionaliza pretextos para esfumar montañas con el fin de extraer minerales, talar bosques, sobreexplotar acuíferos, todas actividades que al incrementarse en escala desencadenan consecuencias como la extinción de hábitats naturales y especies animales y vegetales silvestres, la erosión de suelos y la contaminación tóxica de aguas y del aire. Todo lo cual contribuye a la destrucción paulatina de los sistemas naturales de soporte de servicios ambientales sobre los cuales se sostiene la renovabilidad de muchos recursos necesarios para la vida en el planeta. Desde esta perspectiva, es preciso pensar y desarrollar nuevos modelos

económicos que no estén basados en la explotación a escala creciente de recursos naturales, si no en el desarrollo humano. Entre los valores más representativos de estas nuevas propuestas se destacan la confianza, honestidad, responsabilidad, cooperación, solidaridad y generosidad, entre otros. (Pérez, 2014)

En síntesis, la aplicación del principio de precaución incentiva modos alternativos del desarrollo. Lejos de buscar frenar el avance tecnológico, industrial o científico, el principio de precaución pretende que las medidas tomadas en su desarrollo sean de carácter reversible, lo que implica que sean modificables en el momento en que el conocimiento permita estimar la magnitud y el alcance de los riesgos asociados con ciertas actividades o sustancias. Pero de otra parte, en palabras de Roberto Andorno (2004, p. 32), “en cualquier caso, y dado el carácter amplio del principio de precaución, resulta imprescindible precisar sus condiciones de aplicación, a fin de evitar que sea empleado abusivamente”.

3. Obligaciones del Estado: entre la erradicación de cultivos ilícitos y la conservación del ambiente en Colombia.

3.1 Contexto de la erradicación de cultivos ilícitos

Desde la década de 1980, el Estado Colombiano persigue y controla las conductas delictivas asociadas con cultivos de uso ilícitos, utilizando los medios más adecuados para tal fin. La obligación constitucional del Estado de perseguir las conductas que sean delito en el territorio colombiano es un principio del Estado Social de Derecho. Por consiguiente, en tanto el establecimiento de cultivos de uso ilícito está tipificado como una conducta delictiva en la Ley 30 de 1986 y el Decreto 3788 de 1986 por medio del cual se adopta y reglamenta el Estatuto Nacional de Estupefacientes, el Estado colombiano está obligado de perseguir y erradicar los cultivos de uso ilícito en el territorio nacional.

Este marco jurídico además, reglamenta la acción del Estado para enfrentar situaciones asociadas al cultivo, producción, distribución, comercialización, prevención y tratamiento del consumo de sustancias psicoactivas fiscalizadas por las convenciones internacionales ratificadas por Colombia. Específicamente, la Resolución No. 0013 de 27 de junio de 2003 dictada por el Consejo Nacional de Estupefacientes, adopta un nuevo procedimiento para el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, cuyo núcleo central contempla la aspersión aérea del herbicida sistémico conocido genéricamente como glifosato como medio principal para la erradicación de cultivos ilícitos establecidos en todo el territorio nacional, incluyendo las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

El glifosato es un ácido orgánico débil que consta de una glicina y una fracción fosfometil; su fórmula química es $C_3H_8NO_5P$, y es formulado como post-emergente sistémico y no selectivo de amplio uso en zonas agrícolas y no agrícolas del mundo para el control de especies perennes de raíces profundas. Su pureza en un grado técnico generalmente es del 90%, y se presenta en un polvo cristalino blanco que tiene una alta solubilidad. Actualmente las dosis de aplicación recomendadas no exceden 5,8 kg por hectárea. El ingrediente activo del glifosato se encuentra bajo diferentes nombres comerciales y distintos tipos de concentración en el mercado agrícola (Bolaños, 2016) afirma que:

.... La molécula de “glifosato” fue patentada por primera vez por la compañía estadounidense Stauffer Chemical en 1964, este era utilizado como un quelante de metal para la limpieza y descalcificación de calderas comerciales y tuberías, eliminaba minerales como el calcio, magnesio, manganeso, cobre y zinc. En 1974 fue patentado por la multinacional Monsanto, quien lo registro con el nombre comercial de Roundup, un herbicida y agente inhibidor de la biosíntesis de aminoácidos aromáticos en las células vegetales para la eliminación de malezas no deseadas en el sector agrícola y forestal; la patente adquirida por la multinacional Monsanto expiro en el año 2000, año desde el cual se han registrado más de 50 marcas de glifosatos en el mundo (Bolaños, 2016, p. 6).

La utilización de glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos se consideró como una medida “eficaz y protectora” de la seguridad nacional en el territorio colombiano, razón por la cual desde el inicio de la aspersión con este agente químico no se prestó la importancia ni atención adecuada a sus efectos colaterales que generaba el uso de este químico en la erradicación de cultivos ilícitos a lo largo del territorio nacional.

Se estima que desde el año 1978 el Estado Colombiano, en contra al auge del narcotráfico de aquella época, ordenó las primeras aspersiones en territorio de la Sierra Nevada de Santa Marta, zona en donde se encontraban extensos cultivos de Marihuana. A estos cultivos se les fue aspergido herbicidas como el glifosato y el paraquat, éste último con un ingrediente químico que al ser aplicado y tener contacto con cualquier tipo de material vegetal, crea una reacción instantánea que produce una afectación inmediata a los órganos verdes. Las aspersiones con diferentes sustancias químicas de manera experimental llevaron al Estado colombiano a continuar con la aplicación de los glifosatos, dado que este herbicida demostró siempre, unos mejores resultados, frente a los demás, todo esto a pesar de las manifestaciones campesinas y repercusiones de organismos internacionales, que atestiguaban la destrucción de cultivos lícitos de pancoger, destinados al consumo y satisfacción de necesidades alimenticias de comunidades” (Bolaños, 2016, pág. 9).

Como señala Estefanía Bolaños, para los años 70 y 80 no había establecidas políticas o soluciones a esta problemática. Más aun en la década de los noventa, con el auge en el incremento acelerado de áreas de cultivos en el territorio colombiano, el fortalecimiento de las organizaciones criminales que controlaban el tráfico internacional de estupefacientes desde Colombia hacia centros de consumo en Estados Unidos de América y Europa golpeó con violencia y corrupción a la Fuerza Pública y el sistema de justicia del país a cargo del combatir este fenómeno delictivo.

En el contexto de su utilización para la erradicación de cultivos ilícitos, conviene señalar que el glifosato no sólo afecta a las plantas a suprimir. Por consiguiente, es necesario estudiar este agente químico para determinar sus efectos sobre la salud humana, al igual que sobre otros cultivos aledaños, generalmente de pancoger para las familias de cultivadores. También es preciso establecer los efectos por la contaminación de suelos y aguas, sobre recursos hidrobiológicos, al igual que la disminución de poblaciones de diferentes artrópodos, entre otros. Frente a estos efectos colaterales nocivos se han presentado denuncias de entes nacionales e internacionales, particularmente en aquellos casos en los cuales su aspersión ha desencadenado el desplazamiento de poblaciones enteras (Caro, 2010; Nivia, 2017).

En relación con los efectos en la salud humana, la asociación Greenpeace de Argentina publicó en 2011 un informe científico sobre el uso de glifosato, extensamente utilizado en los monocultivos de soja a gran escala en ese país, y advierte sobre los efectos nocivos que causa para la salud humana y el ambiente. El informe aduce que la exposición humana al glifosato está vinculada a distintos efectos crónicos, entre otros, de orden reproductivo (defectos congénitos; potencial para interrumpir la reproducción, capacidad de causar daño mitocondrial, necrosis y muerte celular en células embrionarias y placentarias, entre otros); carcinogénicos; neurológicos (incluso asociado al mal de Parkinson); y efectos agudos por el uso directo del producto por trabajadores del campo o por la exposición de la población directamente afectada por aspersiones aéreas. Hernán Giardini coordinador de la campaña de Biodiversidad de Greenpeace afirmó que “existe mucha evidencia científica de los efectos que el glifosato provoca en la salud. Debemos tomar esto muy serio y llevar a cabo una reevaluación urgente de los impactos en la salud del glifosato y sus productos” (Pete, Janet, Marco & Meriel, 2011, p.5).

Estudios publicados demuestran varios efectos endócrinos en animales y en células humanas asociados con el glifosato. - Los estudios de patrones de enfermedad en poblaciones humanas (estudios epidemiológicos) han vinculado la exposición al glifosato con el linfoma no-Hodgkin (un tipo de cáncer de la sangre); mientras que los estudios de laboratorio han confirmado que el glifosato y/o sus productos asociados presentan características típicas de los agentes causantes de cáncer (por ejemplo genotoxicidad o mutagenicidad) en animales y en humanos (Pete, Janet, Marco & Meriel, 2011, p.5).

Estos estudios sobre efectos colaterales del uso del glifosato sobre la salud humana, sugieren que la población expuesta directamente a su aspersión aérea en áreas de erradicación de cultivos ilícitos en territorio colombiano puede haber sufrido daños a su salud –algunos irreparables como el caso de los nacimientos con defectos congénitos ocasionados por la acción del herbicida– que en el momento no están claramente identificados. Por ello, no es posible soslayar estos efectos derivados no solamente de la exposición al glifosato asperjado por vía aérea, sino también de otros productos mezclados con este químico, entre ellos los surfactantes, cuyos efectos tóxicos negativos a corto y largo plazo, tanto directos como indirectos, se han evidenciado en humanos y animales. Sobre la base de los estudios científicos realizados en Argentina sobre los efectos carcinogénicos del glifosato sobre la salud humana, en 2015 el Ministerio de Salud y Protección Social prohibió la utilización del glifosato en el territorio nacional (El País.com, 2015)

3.2 Marco legal del Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN) y la conservación y protección ambiental

De otro lado, el Estado tiene el deber de conservar, proteger y preservar el ambiente tal como lo establece el artículo 79 de la Constitución Nacional, que indica:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (Const., 1991, art .10).

El respectivo marco legal se encuentra principalmente en el Decreto 2811 de 1974, el cual establece el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y la Ley 99 de 1993, por la cual se establece el Sistema Nacional Ambiental. En este último, se incorporan aspectos relacionados con el Sistema de Parques Nacionales Naturales cuya finalidad principal es cumplir con los compromisos establecidos en el Convenio de Diversidad Biológica de 1992 ratificado mediante la Ley 165 de 1994.

El Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN) está constituido por áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que se reserva en beneficio de los habitantes de la nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas. Conforme a lo determinado por la Corte Constitucional en Sentencia C-649 del 3 de diciembre 1997, los Parques Nacionales Naturales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, circunstancia que impide que se cambie su destinación.

Su finalidad es conservar dichas áreas por medio de un régimen especial de manejo, fundado en una planeación integral con principios ecológicos, para que permanezcan sin deterioro. Así mismo, el SPNN busca proveer puntos de referencia ambiental para investigaciones científicas, estudios generales y educación ambiental, mantener la diversidad biológica y asegurar la estabilidad ecológica. Adicional a estos propósitos, protege ejemplares de fenómenos naturales, culturales, históricos y de otros de interés internacional, para contribuir a la preservación del patrimonio común de la humanidad.

El SPNN contempla los siguientes tipos de áreas de acuerdo a los artículos 327, 328 y 329 del Decreto 2811 de 1974:

- a.- Parque Nacional: Área de extensión que permita su autoregulación ecológica y cuyos ecosistemas en general no han sido alterados sustancialmente por la explotación u ocupación humana, y donde las especies vegetales de animales, complejos geomorfológicos y manifestaciones históricas o culturales tiene valor científico, educativo, estético y recreativo Nacional y para su perpetuación se somete a un régimen adecuado de manejo;
- b.- Reserva Natural: Área en la cual existen condiciones primitivas de flora, fauna y gea, y está destinada a la conservación, investigación y estudio de sus riquezas naturales;
- c.- Área Natural Única: Área que, por poseer condiciones especiales de flora o gea es escenario natural raro;
- d.- Santuario de Flora: Área dedicada a preservar especies o comunidades vegetales para conservar recursos genéticos de la flora Nacional;
- e.- Santuario de Fauna: Área dedicada a preservar especies o comunidades de animales silvestres, para conservar recursos genéticos de la fauna Nacional;
- f.- Vía Parque: Faja de terreno con carretera, que posee bellezas panorámicas singulares o valores naturales o culturales, conservada para fines de educación y esparcimiento.

Juan Mayr, citado por Durán (2009) afirma que los cultivos ilícitos:

....También afectan a los PNN en dos sentidos. Por un lado, algunas áreas protegidas han sido invadidas por narcotraficantes que cultivan coca, marihuana y amapola, lo cual causa deforestación y contaminación de las fuentes hídricas a causa del uso de fertilizantes químicos, necesarios para la siembra en medio de la selva tropical colombiana. Cuando las autoridades nacionales identifican estos cultivos ilícitos, el procedimiento usual es la fumigación de estas zonas con glifosato, un herbicida que no sólo ataca los cultivos ilícitos, sino que también afecta la salud de la población local y la totalidad del medio ambiente que, se supone, está «protegido» por estar dentro de un Parque Nacional. (p. 5).

4. El conflicto normativo entre las obligaciones del Estado en el caso de la erradicación de cultivos ilícitos dentro del SPNN³

La tensión existente entre ambas obligaciones del Estado, es decir la persecución de las conductas delictivas asociadas a cultivos ilícitos y la protección del medio ambiente, se hizo manifiesta en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la demanda tramitada ante el Consejo de Estado en 2013, accionada por Roberto Uribe Ricaurte y María Inés Guardiola contra el Consejo Nacional de Estupefacientes, en la que se solicita:

Declarar la nulidad del párrafo 2º del artículo 1 de la Resolución No. 0013 de 27 de junio de 2003 dictada por el Consejo Nacional de Estupefacientes, “por la cual se revocan las Resoluciones número 0001 de 11 de febrero de 1994 y número 0005 del 11 de agosto de 2000 y se adopta un nuevo procedimiento para el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos”.

(Y a su vez) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la suspensión inmediata de las fumigaciones con herbicidas o agentes químicos o biológicos que puedan atentar contra la biodiversidad que se encuentra en el Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Entre los argumentos expuestos por los demandantes, se indica que el uso de glifosato mediante aspersión aérea en el Sistema de Parques Nacionales Naturales desconoce:

- La función ecológica de la propiedad y la obligación del Estado de proteger el ambiente;
- La obligación del Estado de proteger a las personas en su vida, honra y bienes, así como en la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación;
- Los principios orientadores a preservar, conservar y restaurar el ambiente y la vulneración de la protección del patrimonio común de la humanidad;
- La protección especial que se le ha querido brindar a dichas áreas y la vulneración de expresas prohibiciones contenidas en los mandatos legales.

Para resolver esta situación el Consejo de Estado, según la Sentencia Radicado No. 2004 00227 01, acudió a la aplicación del Principio de Precaución en lo referido a la protección del ambiente

³ Este apartado recoge las consideraciones referidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en su Sentencia 2004-00227 del 11 de diciembre de 2013, ponente Dr. Guillermo Vargas Ayala.

y realizó un test de proporcionalidad que le permitió armonizar ambas obligaciones del Estado.⁴

Por lo anterior es pertinente abarcar el análisis realizado por el Consejo de Estado, para poder determinar claramente la *ratio decidendi*. Es de resaltar que el concepto de proporcionalidad de acuerdo con la Sentencia C-022 de 23 de enero de 1996, sirve como punto de apoyo para “la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado”. Así mismo refiere que:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-022, 1996).

A partir de lo referido por la Sentencia C-022 de 23 de enero de 1996, el Consejo de Estado debió aplicar los tres componentes del principio de proporcionalidad descrito en la referida Sentencia con el fin de poder ponderar los principios en conflicto y a su vez analizar el caso de una forma integral.

El Consejo de Estado realizó el análisis de la violación del principio de precaución por el parágrafo 2 del artículo 1 de la Resolución No. 13 de 2003, precisando que la aplicación del principio de precaución debe atender cuatro presupuestos: primero, la incertidumbre científica

⁴ El principio de proporcionalidad se formula como regla del derecho penal en los orígenes modernos de esta rama del derecho, el cual pretende evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, personifica una idea básica de justicia: la prohibición de todo sacrificio innecesario o desproporcionado. (Ramírez-Torrado, 2010, p. 2)

sobre el riesgo asociado a la aspersión aérea de cultivos de uso ilícito en áreas de protección ambiental legalmente constituidas; segundo, la evaluación científica del referido riesgo; tercero, la identificación y calificación del riesgo (grave e irreversible) y cuarto, las proporcionalidad de las medidas en consideración. Frente a estos presupuestos, la Sala realizó el análisis correspondiente a cada uno de ellos, lo cual se expondrá a continuación:

4.1 Incertidumbre científica acerca del riesgo

Este presupuesto corresponde a la indeterminación en el ámbito científico para concretar la posible ocurrencia del daño y sus consecuencias directas e indirectas, debido a la ausencia de evidencia válida previamente establecida en relación con el asunto. De la incertidumbre se deriva la eventualidad de la ocurrencia del presunto daño. Ahora bien, al analizar los diversos conceptos que reposan en el expediente la Sala pudo corroborar la incertidumbre asociada a los posibles daños que pueda causar la aspersión aérea con glifosato en áreas protegidas por el Sistema de Parques Nacionales Naturales. Los conceptos más contundentes al respecto fueron de la Defensoría del Pueblo y de la Unidad Administrativa Especial para el Sistema de Parques Nacionales Naturales, quienes estiman que de acuerdo con estudios realizados, el glifosato afecta de manera significativa el medio ambiente y la salud, lo que pone en riesgo áreas de especial protección como son los PNN y las poblaciones aledañas. Lo anterior configura el primer presupuesto para la aplicación del principio de precaución (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 11001-03-24-000-2004-00227-01).

4.2 Evaluación científica del riesgo.

Este presupuesto verifica la existencia de estudios que documentan dudas científicas razonables sobre el posible riesgo potencial representado por la aplicación de la aspersión aérea de glifosato al

medio ambiente y la salud. De no existir tales dudas científicas no procede la aplicación del principio de precaución en este caso. La Sala aclara al respecto que tal evaluación debe estar soportada en evidencias sobre cuáles pueden ser las consecuencias negativas de la medida (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 11001-03-24-000-2004-00227-01).

En este punto, la Sala tomó en consideración lo expuesto por la Subdirección Técnica de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, la cual advirtió que dicha actividad “conlleva a la pérdida de la cobertura vegetal natural que entra en contacto con el químico”, lo que a su vez implica la pérdida de hábitats para la fauna que desarrolla su ciclo vital en dichas zonas, considerando que esa actividad antrópica conlleva el deterioro del patrimonio natural de la Nación. Por su parte, el Instituto Colombiano Agropecuario señaló que el glifosato no sólo afecta el cultivo ilícito, también las plantas y demás especies vegetales con las que haga contacto. De otro lado, el Ministerio Público afirmó que “el daño ambiental ya está hecho por la siembra de cultivos ilícitos”. Ante esta afirmación la Sala marcó una posición divergente, señalando que no le corresponde escudar el daño de la medida al medio ambiente con daños previamente realizados por terceros como argumento para no actuar para garantizar el bienestar no solo del medio ambiente sino de la salud humana. Por todo lo anterior, la Sala consideró que existen evaluaciones científicas que soportan dudas razonables sobre los riesgos de la aspersión con glifosato en el SPNN (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 11001-03-24-000-2004-00227-01).

4.3 Identificación de un riesgo grave e irreversible

Este presupuesto pretende calificar los daños que se puedan causar por la actividad humana, para determinar si el riesgo es grave o irreversible. La Defensoría del Pueblo precisó que la aplicación de la resolución amenaza a miles de habitantes de las zonas que son asperjadas lo que afecta derechos

fundamentales. También, se examina el concepto por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, relacionado con el peligro que representa para la fauna y flora la aspersión aérea con glifosato. A juicio de la Sala, los elementos anteriores soportan la probabilidad que los daños sean graves, aun mas tratándose de áreas de especial protección.

4.4 Proporcionalidad de la medida.

Finalmente, la proporcionalidad hace referencia a la relación que existe entre los fines del Estado y las medidas empleadas para conseguir el fin deseado. Para juzgar la proporcionalidad de un acto administrativo es pertinente “realizar un juicio de legalidad del mismo concentrado en la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios contenidos en aquel, para el cumplimiento de los fines estatales” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 11001-03-24-000-2004-00227-01).

Dado que para la Sala estaban claramente constituidos los ya referidos tres primeros presupuestos, determinó finalmente la aplicación del test de proporcionalidad para el caso en consideración con base en las siguientes preguntas:

1. ¿El acto administrativo es adecuado para cumplir los fines que lo justifican?
2. ¿Existen medidas menos nocivas para los intereses particulares, colectivos o generales que cumplan con los fines buscados?
3. ¿Los resultados que ofrece el acto administrativo son desproporcionados en relación con los intereses sacrificados?

La Sala indicó que el medio utilizado por el Consejo Nacional de Estupefacientes, autoridad que expidió el acto demandado, era acorde con la finalidad querida por cuanto el glifosato aplicado a formas de vida vegetal cumple su efecto herbicida, lo que corresponde a una medida apropiada para la erradicación de los cultivos ilícitos. Por consiguiente, toda vez que no es obligatorio para

el juez realizar el estudio detallado de los resultados, calificó como proporcional la medida para erradicación de los cultivos ilícitos.

En cuanto a la necesidad de la medida, procedió a constatar si la misma afecta en menor proporción los bienes jurídicos que se buscan proteger, revisando otras alternativas para lograr la finalidad requerida. Para el caso, la Sala enunció la alternativa de la erradicación manual de cultivos ilícitos como solución sustituta, reconociendo que no dispone de elementos suficientes para comparar los efectos de ambas medidas sobre los bienes jurídicos protegidos.

De otra parte, para valorar el equilibrio de la decisión de aplicar la medida cotejó los derechos en conflicto en relación con su aplicación. Para ello evaluó la proporcionalidad de los riesgos potenciales para el medio ambiente asociados a la medida de aspersión aérea con glifosato. Al respecto, la Sala destacó el carácter ecológico de la Constitución de 1991 que ubica el ambiente como contexto esencial para el desarrollo de la vida humana, indicando que el principio de conservación del ambiente emana de instrumentos internacionales y se armoniza por medio de disposiciones constitucionales. A juicio de la Sala, los elementos anteriores sumados al propósito específico de garantizar la protección ambiental especial de áreas establecidas como SPNN, conducen a otorgar mayor valor normativo a la protección del medio ambiente frente a finalidad de perseguir y erradicar las conductas delictivas asociadas con los cultivos de uso ilícito.

En conclusión, la Sala determinó que la medida de aspersión aérea con glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos dentro de áreas de Parques Nacionales Naturales no es proporcional por cuanto consideró que los daños causados por la medida al medio ambiente superan los beneficios que se lograrían con la erradicación de cultivos ilícitos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 11001-03-24-000-2004-00227-01).

4.5 Consideraciones críticas sobre el fallo del Consejo de Estado

Como se ha documentado hasta aquí, el examen realizado por el Consejo de Estado para determinar su decisión se basó en el principio de proporcionalidad de la medida de erradicación de cultivos ilícitos ubicados en PNN por medio de aspersión aérea de glifosato, concluyendo que ésta resulta contraria al principio de precaución cuya manifestación se encuentra en distintas normas del ordenamiento jurídico colombiano, entre ellas, los artículos 8º, 79, 80 y 95 de la Carta Política, y al artículo 336 literales b y c del Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto 2811 de 1974. En consecuencia la referida sentencia declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo primero de la Resolución 13 del 27 de junio de 2003 proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, prohibiendo en adelante la aspersión con glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos ubicados dentro de los Parques Nacionales Naturales.

El caso en consideración ilustra además la utilidad de la prueba de proporcionalidad como técnica de interpretación y modulación de las sentencias referidas a conflictos normativos, como bien lo expresa al respecto Miguel Carbonell (2008):

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos (p. 11).

Como lo señala Carbonell, la prueba de proporcionalidad amplía tanto las dimensiones fácticas como jurídicas en la consideración de situaciones de conflictividad normativa, toda vez que propicia en la respectiva discusión jurídica tanto la controversia de la norma como la legitimidad del quehacer del Estado (Carbonell, 2008).

Como ya se ha visto, incluso en ausencia de certeza científica sobre los efectos nocivos causados por actividades en cuestión, las normas internacionales que consagran el principio de precaución instan a los Estados a adoptar medidas de compensación para los daños causados por el deterioro del medio ambiente, no sólo en áreas naturales protegidas. Pese a la ausencia de asentamientos humanos dentro de dichas zonas, la medida también representa un riesgo para la salud de las personas de comunidades ubicadas en las zonas de amortiguación aledañas en vista de los efectos carcinogénicos asociados con el glifosato en humanos, al igual que para la calidad de los servicios ecosistémicos que fluyen desde estas áreas protegidas, entre ellos, el suministro de aguas y recursos hidrobiológicos así como los servicios de polinización prestados por aves e insectos, de los cuales dependen para su subsistencia.

De otra parte, como lo señala Ana María Muelle (2012), el mayor obstáculo para la implementación del principio de precaución se encuentra en:

la confusión administrativa, ya que la tradición administrativa y la jurídica asigna un alto valor al hecho probado como sustento de la responsabilidad, lo cual no es completamente posible en los casos que podrían vincular el Principio de Precaución, especialmente porque se actúa sobre la anticipación y no sobre el hecho consumado. (p. 32)

Ahora bien, la aplicación de un juicio o test de proporcionalidad supone un gran reto para la sala, debido a que como lo refería Tania Vivas (2012), a través de los años y de la evolución jurisprudencial de esta herramienta se ha aumentado el rigor jurisprudencial lo que a su vez

representa “una altísima responsabilidad del juez constitucional que decida emprender nuevos usos, debiéndose, en todo caso, mantener un respeto al precedente jurisprudencial que sostiene la estructura del juicio de proporcionalidad.” (p. 65). Además, de ser una herramienta que se encuentra en construcción, lo que genera mayor complejidad en su aplicación a un caso determinado.

Por otro lado, la responsabilidad ambiental aún se encuentra en desarrollo lo cual ha generado confusión al momento de determinar su aplicabilidad de acuerdo con los preceptos existentes. Doctrinariamente en los casos relacionados con el principio de precaución, sería adecuado aplicar la responsabilidad objetiva sobre la base de un hecho probado; pero de otra parte también resulta viable aplicar la responsabilidad subjetiva para probar la relación entre la causa y el efecto del daño. Lo cierto es que aún no es claro dentro del ordenamiento jurídico colombiano la aplicación de la responsabilidad a la hora de determinar la indemnización; ello probablemente corresponde a que el derecho ambiental aún se encuentra en construcción y desarrollo, dependiendo en gran medida de la interpretación que realice el juez en cada caso concreto. Por esta vía, en el futuro se consolidará la doctrina sobre la responsabilidad en este ámbito normativo, quizás con base en un nuevo modelo de responsabilidad (Muelle, 2012).

Por otra parte, retomando la decisión del Consejo de Estado en relación con la prohibición de la aspersión aérea con glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos dentro de áreas naturales protegidas de Parques Naturales Nacionales, se observa en este caso que el alto tribunal aplicó el modelo doctrinario de responsabilidad objetiva, toda vez que el daño referido en la sentencia sería eventual y no cierto; por esta razón el Consejo consideró necesario darle prioridad a la aplicación del principio de precaución en sede de legalidad de un acto administrativo, con base en la eventualidad de un daño potencial.

En este punto se puede señalar que el análisis del Consejo de Estado quedó corto al determinar el tipo de responsabilidad a aplicar en el caso en consideración. Para el efecto habría cabida revisar la evolución de la responsabilidad en materia de derecho ambiental así como la aplicación de la responsabilidad objetiva y subjetiva en otros ordenamientos jurídicos, con lo cual se habría avanzado en aclarar conceptos y aportar al desarrollo del derecho ambiental colombiano.

Como lo afirma Beatriz Londoño (1999):

...El tema de la responsabilidad civil y más aún, la responsabilidad del Estado en materia ambiental se encuentra en plena evolución y la razón es muy clara: con viejos esquemas no podemos solucionar nuevos y trascendentales problemas vitales para la supervivencia del planeta y sus especies (p.32).

Un análisis más exhaustivo de los sistemas de responsabilidad ambiental en el derecho comparado sin duda desborda los alcances de esta discusión, y amerita abordarse en un artículo futuro dedicado a este asunto en particular.

Conclusiones

Como conclusión de lo dicho hasta aquí, la Constitución Política de Colombia consagra el principio de precaución. Por consiguiente, cuando una decisión administrativa pone en riesgo el derecho al medio ambiente con medidas como la autorización de la aspersión de glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos en áreas de especial significación ambiental y protegidas como tal, el principio de precaución actúa como un criterio modulador que permite controlar y prevenir los daños potencialmente graves e irreparables atribuibles a dicha actividad, aunque no exista certeza científica absoluta al respecto. Así obró este principio para soportar la decisión del Consejo de Estado de declarar la nulidad de dicha medida contemplada dentro de la Resolución No. 0013 de 27 de junio de 2003 del Consejo Nacional de Estupefacientes en relación con su Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos.

Cabe destacar también que la aplicación del test de proporcionalidad a los presupuestos del principio de precaución fue de utilidad para dirimir el conflicto entre la obligación constitucional del Estado de perseguir las conductas delictivas asociadas con los cultivos ilícitos establecidos en el territorio nacional, y la de garantizar el derecho al ambiente sano y la protección de ecosistemas de especial importancia ecológica a cargo del Sistema Nacional de Parques Nacionales Naturales.

De otra parte, a pesar que científicamente aún no se dispone de contundente para cuantificar el costo o beneficio de la implementación de la medida prohibida por el Consejo de Estado, el principio de precaución en este caso servirá además como base jurisprudencial para exhortar a las instituciones públicas y privadas a adelantar estudios y análisis que en el futuro permitan establecer y remediar los efectos de esta medida.

Sobre la cuestión de si quedó corta la decisión del Consejo de Estado en el desarrollo del principio de precaución en su dimensión compensatoria, tal como lo prescribe la doctrina internacional en relación con este principio, se destacan varias consideraciones de importancia. De una parte, se señala las dificultades aún por resolver en la doctrina sobre cómo impedir que las decisiones judiciales basadas en el principio de precaución amparen pretensiones abusivas en relación con compensaciones de daños potenciales no cuantificables que aún no emergen con claridad como consecuencia de las medidas prohibidas. Se trata de una dificultad intrínseca de un principio basado en la incertidumbre científica y que en presente se podría resolver más adecuadamente mediante la deliberación política en el ámbito de la rama legislativa que en ámbitos judiciales. No obstante lo anterior, conviene señalar la necesidad que la jurisprudencia avance en el aporte de elementos de juicio para el desarrollo general de la doctrina de la

responsabilidad del Estado en el ámbito de su obligación constitucional de garantizar el derecho al ambiente sano.

Referencias Bibliográficas

Libros y artículos académicos

- Andorno, R. (2004) Validez del Principio de Precaución como Instrumento Jurídico para la Prevención y la Gestión de Riesgos. Publicado en Principio de Precaución, biotecnología y derecho, Carlos Romeo-Casabona (coord.), Bilbao, Universidad Deusto/Comares, 2004, p. 17-33. Recuperado de: [<http://www.saij.gob.ar/roberto-andorno-validez-principio-precaucion-como-instrumento-juridico-para-prevencion-gestion-riesgos-dacf050060-2004/123456789-0abc-defg0600-50fcanirtcod>] Consultado el: [15/09/2017]
- Arcila, B. (2009). El Principio de Precaución y su aplicación judicial. Universidad Pontificia Bolivariana, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 39, No. 11, Págs. 283-304. Recuperado de: [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/661>] Consultado el: [6/7/2017]
- Ben Lazaar, B. (2012). El Principio de Precaución en el Derecho Internacional del Medio Ambiente. (Tesis de Maestría en Derecho Ambiental, Universidad Internacional de Andalucía). Recuperado de: [dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2117/0256_BenLazaar.pdf?sequence=1] consultado el: [06/07/2017]

- Bernal Sanint, P. & Noriega Cárdenas, J. (2010) Principio de Precaución. (Tesis de Pregrado, Pontificia Universidad Javeriana). Recuperado de: [\[http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis33.pdf\]](http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis33.pdf) consultado el: [04/07/2017]
- Bolaños, E. (2016). La “Suspensión” del glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos en Colombia: ¿Una solución humanitaria o un cambio para que todo siga igual? Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: [\[http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/4372/4/Suspensi%C3%B3n%20del%20glifosato%20en%20Colombia%20pdf.pdf\]](http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/4372/4/Suspensi%C3%B3n%20del%20glifosato%20en%20Colombia%20pdf.pdf) consultado el: [06/07/2016]
- Carbonell, Miguel (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Recuperado de: [\[http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf\]](http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf) Consultado el: [20/01/2018]
- Caro, M. (2010). ¿Qué se sabe de las consecuencias del uso del glifosato? Recuperado de: [\[http://www.prensarural.org/spip/spip.php?article4895\]](http://www.prensarural.org/spip/spip.php?article4895) Consultado el: [20/08/2017]
- Cierco, C. (2004). El Principio de Precaución: Reflexiones sobre su Contenido y Alcance en los Derechos Comunitario y Español. (Departamento de Derecho Público Universidad de Lleida). Recuperado de: [\[https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/904617.pdf\]](https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/904617.pdf) Consultado el: [5/07/2017]
- Cózar J. (2005). The Precautionary Principle and the Environment. Revista Española de Salud Pública, 79(2), 133-144. Recuperado de: [\[http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003&lng=es&tlng=en\]](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003&lng=es&tlng=en) consultado el: [5/07/ 2017]

De Clément, Z. (2006). Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como Fuente Normativa. Principio de Precaución. (Trabajo publicado en el Anuario IX del centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba). Recuperado de:

[http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artprincipiosgeneralesderechointernacional/at_download/file.] Consultado el: [6/7/2017].

Durán, C. (2009) Gobernanza en los Parques Nacionales Naturales colombianos: reflexiones a partir del caso de la comunidad Orika y su participación en la conservación del Parque Nacional Natural Corales del Rosario y San Bernardo. Recuperado de: [<http://www.scielo.org.co/pdf/res/n32/n32a05.pdf>] Consultado el: [13/11/2017]

Flórez Díaz F., Ramirez Poblete, N. (2015) De la incertidumbre a la precaución; el impacto de la imprecisión en el cálculo de los daños ambientales y su tratamiento en el marco normativo de los EEUU. (Tesis para Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Recuperado de: [<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130083/De-la-incertidumbre-a-la-precauci%C3%B3n-el-impacto-de-la-imprecisi%C3%B3n-en-el-c%C3%A1lculo-de-los-da%C3%B1os-ambientales.pdf?sequence=1>] Consultado el: [13/11/2017]

Londoño, B. (1999) Responsabilidad ambiental: Nuevo paradigma del derecho para el siglo XXI. Recuperado de: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05791999000100007] consultado el: [15/01/2018]

Lora, K. (2011). Principio de Precaución en la legislación ambiental colombiana. Universidad del Norte. Recuperado de: [<https://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/El+principio+de+precauci%>

C3%B3n+en+la+legislaci%C3%B3n+ambiental+colombiana/c7e464c7-f69c-43e3-967d-f9d63ce1ca6f?version=1.0] consultado el: [06/07/2017]

Muelle, A. (2012). El principio de precaución y su aplicabilidad en la temática de aguas lastre en Colombia. Universidad Sergio Arboleda, 166 págs. Recuperado de: [http://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/11232/86/1/ET2012010.pdf.] consultado el:[7/7/2017]

Nivia, E. (2017). Efectos sobre la salud y el ambiente de herbicidas que contienen glifosato. Recuperado de: [http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Fumigas/Nivia_Efectos_salud_ambiente_herbicidas_con_Glifosato.pdf.] consultado el: [07/07/2017]

Pérez, V. (2014) Crecimiento económico y conservación del medio ambiente. Recuperado de: [http://elordenmundial.com/2014/01/15/crecimiento-economico-y-conservacion-del-medio-ambiente/]. Consultado el: [23/08/2017].

Pete, R., Janet, C., Marco, C. y Meriel, W. (2011). Tolerancia a herbicidas y cultivos transgénicos: Porque el mundo debería estar preparado para abandonar el glifosato. Recuperado de: [http://www.greenpeace.org/argentina/Global/argentina/report/2011/bosques/informe-glifosato-espac3%b1ol-v2.pdf] Consultado el: [20/08/2017].

Poveda, L. (2016). Licenciamiento ambiental en Colombia y su debate frente a la compensación ambiental. (Trabajo de pregrado, Universidad Católica de Colombia). Recuperado de: [http://hdl.handle.net/10983/13974] consultado el: [06/07/2017]

Ramírez-Torrado, María-Lourdes, (2010) “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano”, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010, 12, (1), pp 155-172 Recuperado de: [http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1188] Consultado el: [20/01/2018].

Rodríguez, G., & Vargas-Chaves (2017). Principio de precaución: desafíos y escenarios de debate. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario. Recuperado de: [https://doctrina.vlex.com.co/source/principio-precaucion-20875] Consultado el: [06/04/2018].

Vivas, T. (2012). Control Al Juicio De Proporcionalidad De La Corte Constitucional Colombiana. Revista Novum Jus. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: [file:///C:/Users/asistente%20gerencia/Downloads/663-1803-1-SM.pdf] Consultado el: [15/03/2018].

Prensa

El País.com. (2015). ¿Cuáles son las consecuencias que tiene el uso de glifosato en la salud humana? Recuperado de: [http://www.elpais.com.co/judicial/cuales-son-las-consecuencias-que-tiene-el-glifosato-en-la-salud-humana.html] Consultado el: [25/08/2017].

Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena. (23 de abril de 2002) Sentencia C-293, 2002. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra] Recuperado de:

[<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-204-14.htm>] Consultado el:
[6/07/2017]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (1 de diciembre de 2013) Sentencia Radicado No. 2004 00227 01. [C.P. Guillermo Vargas Ayala]
Recuperado de:
[http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_f23b8d1fe58c03dae0430a01015103da] consultado el: [5/7/2017]

Corte Constitucional Colombiana, Sala Octava de Revisión. (1 de abril de 2014) Sentencia T-204, 2014. [M.P. Alberto Rojas Ríos] Recuperado de:
[<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-204-14.htm>] Consultado el:
[6/07/2017]

Corte Constitucional Colombiana, (30 de agosto de 2010) Sentencia C-666, 2010. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto] Recuperado de:
[<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>] Consultado el:
[15/02/2018]

Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena. (18 de abril de 2012) Sentencia C-288, 2012. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva] Recuperado de:
[<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-288-12.htm>] Consultado el:
[15/02/2018]

Corte Constitucional Colombiana, (23 de enero de 1996) Sentencia C-022, 1996. [M.P. Carlos Gaviria Díaz] Recuperado de: [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>] Consultado el: [15/02/2018]

Normatividad

Internacional

- Convención sobre el cambio climático llevada a cabo en Río de Janeiro – Brasil de 1992
- Conferencia de Estocolmo. (1972). Declaración de la conferencia de las Naciones Unidas Sobre el medio ambiente.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (1992)
- Convenio de las Naciones Unidas Sobre la Diversidad Biológica (1992)
- Comisión Europea (2000) Comunicación sobre el recurso al principio de precaución. Bruselas, 01.02.2000.

Nacional

- Congreso de Colombia. Ley 99 de 1993 (22 de diciembre de 1993)
- Congreso de Colombia. Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, Decreto 2811 de 1974.
- Congreso de Colombia. Ley 165 de 1994, Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Diversidad Biológica", hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.
- Congreso de Colombia. Ley 30 de 1986.
- Consejo Nacional de Estupefacientes, Resolución 0006 de 2015, por la cual se ordena la suspensión del uso del herbicida glifosato en las operaciones de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea. Recuperado de:
[https://www.odc.gov.co/Portals/1/Docs/pesig/resolucion_0006_29mayo_2015_suspension_aspersion.pdf.] consultado el: [7/7/2017]

- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 1214 de 2015, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales- ANLA- Por la cual se adopta una medida preventiva de suspensión de actividades en virtud del principio de precaución. Recuperado de: [[http://www.anla.gov.co/sites/default/files/res_1214_30092015.pdf.](http://www.anla.gov.co/sites/default/files/res_1214_30092015.pdf)] Consultado el: [7/7/2017]
- Presidencia de la Republica. Decreto 1374 de 2013
- República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia.